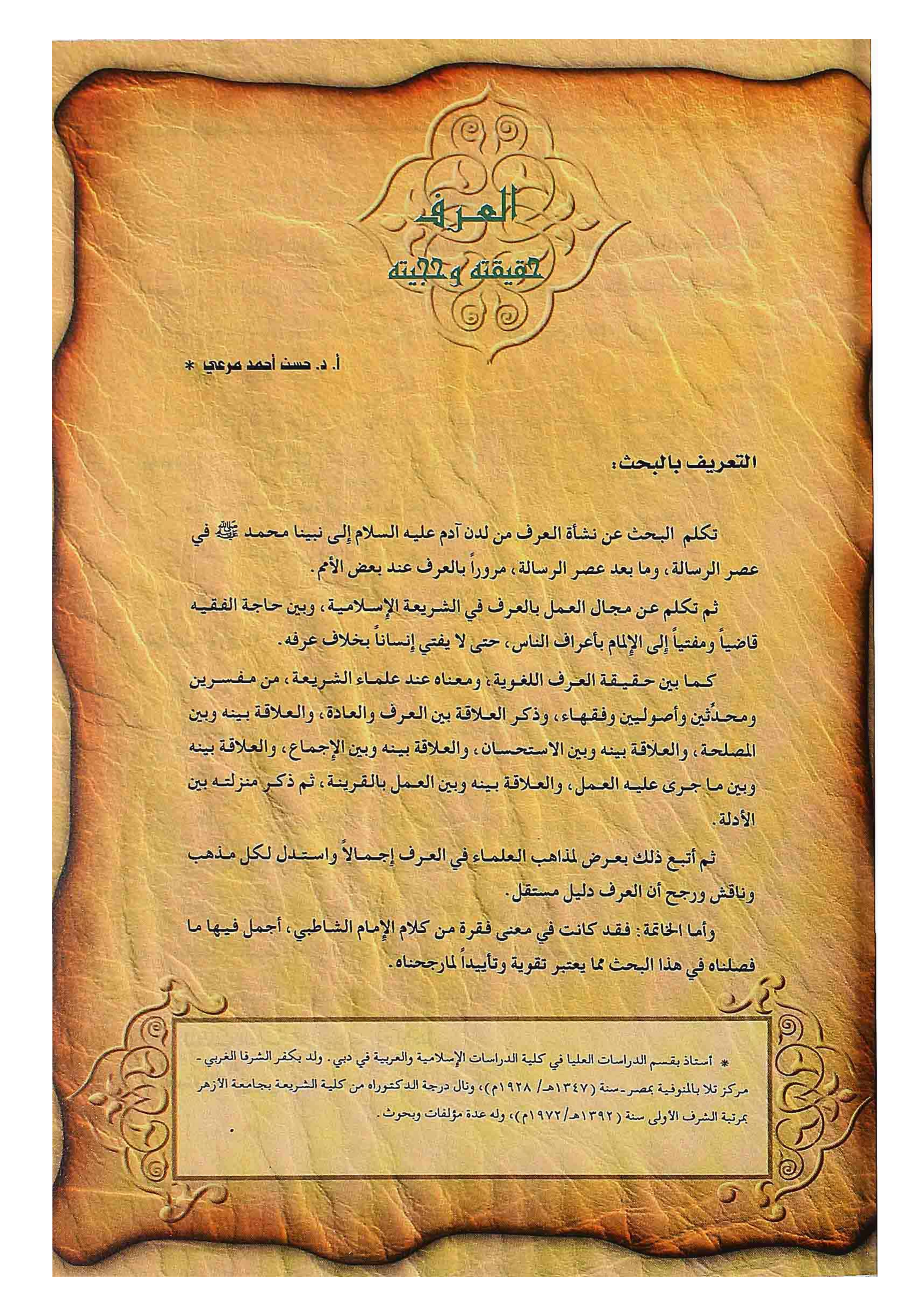


العرف
حقيقته وحجيته

أ. د. حسن أحمد مرعي *

التعريف بالبحث:

تكلم البحث عن نشأة العرف من لدن آدم عليه السلام إلى نبينا محمد ﷺ في عصر الرسالة، وما بعد عصر الرسالة، مروراً بالعرف عند بعض الأمم.

ثم تكلم عن مجال العمل بالعرف في الشريعة الإسلامية، وبين حاجة الفقيه قاضياً ومفتياً إلى الإلمام بأعراف الناس، حتى لا يفتي إنساناً بخلاف عرفه.

كما بين حقيقة العرف اللغوية، ومعناه عند علماء الشريعة، من مفسرين ومحدِّثين وأصوليين وفقهاء، وذكر العلاقة بين العرف والعادة، والعلاقة بينه وبين المصلحة، والعلاقة بينه وبين الاستحسان، والعلاقة بينه وبين الإجماع، والعلاقة بينه وبين ما جرى عليه العمل، والعلاقة بينه وبين العمل بالقرينة، ثم ذكر منزلته بين الأدلة.

ثم أتبع ذلك بعرض لمذاهب العلماء في العرف إجمالاً واستدل لكل مذهب وناقش ورجح أن العرف دليل مستقل.

وأما الخاتمة: فقد كانت في معنى فقرة من كلام الإمام الشاطبي، أجمل فيها ما فصلناه في هذا البحث مما يعتبر تقوية وتأييداً لما رجحناه.

* أستاذ بقسم الدراسات العليا في كلية الدراسات الإسلامية والعربية في دبي. ولد بكفر الشرفا الغربي - مركز تلا بالمنوفية بمصر - سنة (١٣٤٧هـ/ ١٩٢٨م)، ونال درجة الدكتوراه من كلية الشريعة بجامعة الأزهر بمرتبة الشرف الأولى سنة (١٣٩٢هـ/١٩٧٢م)، وله عدة مؤلفات وبحوث.

توطئة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين، رواد الدين، وحماة الشريعة، والمحافظين على كل علم من علومها، وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين، وكل من سلك سبيلهم واتبع هديهم.

وبعد:

فهذه دراسة موجزة موضوعها: العرف حقيقته وحجيته حسب الخطة التالية:

المقدمة: في نشأة العرف والحاجة إليه، وفيها ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نشأة العرف وتاريخه.

المطلب الثاني: في مجال العرف في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: مدى حاجة الفقيه إلى الإلمام بأعراف الناس.

المبحث الأول: في تعريف العرف والعلاقة بينه وبين ما يشبهه، وفيه تسعة مطالب:

المطلب الأول: في تعريفه في اللغة.

المطلب الثاني: في تعريفه عند علماء الشريعة.

المطلب الثالث: في العلاقة بينه وبين العادة.

المطلب الرابع: في العلاقة بينه وبين المصلحة.

المطلب الخامس: في العلاقة بينه وبين الاستحسان.

المطلب السادس: في العلاقة بينه وبين الإجماع.

المطلب السابع: في العلاقة بينه وبين ما جرى عليه العمل.

المطلب الثامن: في العلاقة بينه وبين القرينة.

المطلب التاسع: في منزلته بين الأدلة.

المبحث الثاني: في حجية العرف، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: المذاهب في العرف إجمالاً.

المطلب الثاني: مذهب من يرى أنه لا يعتبر دليلاً، ومناقشته.

المطلب الثالث: مذهب من يرى أنه دليل غير مستقل، ومناقشته.

المطلب الرابع: مذهب من يرى أنه دليل مستقل، وأدلته.

الخاتمة: في بيان المختار، وتأييده بفقرة من كلام الشاطبي.

وأسأل الله سبحانه أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفعني به، وينفع كل من قرأه، وأن يتجاوز عن الخطأ والزلل، فما قصدت إلا الوصول إلى الحق، ولا حول لنا ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وهو حسبي ونعم النصير.

* * *

المقدمة

في نشأة العرف ومدى الاعتماد عليه

وفيها ثلاثة مطالب

المطلب الأول: في نشأة العرف وتاريخه:

إن الناظر في تاريخ الإنسانية من لدن آدم إلى محمد صلوات الله وسلامه عليهما وعلى جميع الأنبياء والمرسلين، يرى أنه ما من أمة من الأمم إلا كانت لها أعراف خاصة بها، واصطلاحات أطلقتها، حتى آدم عليه السلام الذي أنزل في حقه قوله الله تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾[١]، فقد اختلف العلماء في المراد بهذه الأسماء، هل المراد بهاأسماء ما كان وما يكون إلى يوم القيامة؟ وقد عُزي هذا إلى ابن عباس، أو المراد اللغات، أو أسماء الملائكة، أو أسماء النجوم، وقال الحكيم الترمذي: أسماؤه تعالى[٢].

أما التعليم فهو سر القدرة على الرموز بالأسماء للمسميات، وسر القدرة على تسمية الأشخاص والأشياء بأسماء يجعلها - وهي الألفاظ المنطوقة - رموزاً لتلك الأشخاص المحسوسة، وهي قدرة ذات قيمة كبرى في حياة الإنسان على الأرض، ندرك قيمتها حين نتصور الصعوبة الكبرى لو لم يوهب الإنسان القدرة على الرمز بالأسماء للمسميات، والمشقة في التفاهم والتعامل، حين يحتاج كل فرد لكي يتفاهم مع الآخرين على شيء، أن يستحضر هذا الشيء أمامهم ليتفاهموا بشأنه[٣].

وهذا يفيد أن الله سبحانه وتعالى خلق لخلقه العلم بأن هذه الأسماء قصدت للدلالة على المسميات، على رأي من يرى أن الأسماء واللغات توقيفية، وهذا جائز، وجائز أيضاً

---

(١) سورة البقرة: الآية ٣١.

(٢) روح المعاني للآلوسي ١/٣٥٦.

(٣) في ظلال القرآن لسيد قطب ١/٥٧.

أن تكون اللغات اصطلاحية، بأن تجتمع دواعي العقلاء بما هو مهم، وحاجتهم من تعرف الأمور الغائبة، فيبتدئ واحد ويتبعه آخر حتى يتم الاصطلاح، وهذا جائز أيضاً[١]، وهذه كلها مسبوقة بشريعة آدم عليه السلام.

وسواء قلنا: اللغات في الأصل توقيفية، أو اصطلاحية، أو بعضها توقيفي وبعضها اصطلاحي، فإنه لا يخلو عصر من العصور، أو قبيلة من القبائل إلا كانت لهم أعراف يتميزون بها عن غيرهم، وما اختلاف اللغات بين الأمم، واختلاف الاصطلاحات بين أرباب العلوم والصناعات إلا من هذا القبيل، حتى في خصوصيات الإنسان وأهل بيته، عندما يتعارفون ويتفقون على تسمية مولودهم الصغير محمداً مثلاً.

ولا تخلو مجموعة من البشر عن أن يكون لهم أعراف ولغات وإشارات يتفاهمون بها، ويسيرون في حياتهم على مقتضاها.

وهذا مشاهد محسوس في مجموعة من الصم البكم مثلاً، فإن لهم إشاراتهم وطريقتهم في التعامل، التي تمكنهم من أن يعيشوا حياتهم في تفاهم.

ولو تصورنا أننا عزلنا مجموعة من الأطفال، قبل أن يتعلموا الكلام عن مجتمعهم حتى كبروا، وصارت لهم مطالب ورغبات، فلابد من أن يحدثوا لهم لغة خاصة بهم يخاطب بها بعضهم بعضاً، ويصير هذا عرفاً لهم.

وإذا نظرنا إلى العادات والتقاليد لا نراها أقل شأناً من اللغات، فإنا نرى أن لكل بلد عاداته وأعرافه، سواء كان ذلك قبل الإسلام، أو في عصر الرسالة، أو بعد عصر الرسالة، أو بالنظر للقانون.

أولاً: قبل الإسلام:

نرى الكثير من الأعراف التي بعدت عن الأديان السابقة، منها عند قدماء المصريين

(١) روضة الناظر ص٨٧، والتلخيص لإمام الحرمين ١/ ١٧٤، والمحصول للإمام الرازي ١/ ٥٧، والميزان للسمرقندي ص٣٨٨.

بناء مقابر الملوك، ووضع كثير من الأشياء الثمينة مع الميت عند دفنه، ومنها عند الرومان استرقاق المدين المعسر، فيتملكه صاحب الدين نظير دينه، ومنها عند اليهود دفن الزوجة حية، إذا مات زوجها فإنها تدفن معه، ومنها عند عرب الجاهلية وأد البنات.

وإذا تكلمنا عن الأعراف التي تطورت وسجلت في قوانين طالعنا في هذا شريعة «مانو» في الهند فلم يكن قبلها شريعة تشمل الهند بأسرها وإنما كانت هناك أعراف في شئون الحياة اليومية يحتكمون إليها.

وبين الرافدين نسمع بقانون «بلاما»، ثم قانون «حمورابي» المشهور[١].

ثانياً: في عصر الرسالة:

وسنتعرض في ثنايا هذا البحث للكثير من الآيات والأحاديث التي تأمر بالرجوع إلى العرف في كثير من الأحكام.

فمن الآيات: قوله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[٢].

ومن الأحاديث: ما رواه البخاري بسنده إلى عائشة رضي الله عنها، قالت هند أم معاوية لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سراً؟ قال: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»[٣].

وقد جاء الإسلام فوجد الكثير من الأعراف، منها الصالح الذي أبقاه وأمر به، كالاحتكام إلى المحكم، ومنها الفاسد الذي ألغاه كوأد البنات وغيره من العادات والأعراف الباطلة.

---

(١) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٢ /٨٣٦، والعرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد ابن علي سير المباركي ص١٥، والأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية للدكتور عمر الأشقر ص٢١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري حديث رقم (٢٢١١) ٦ /٢٥٨، وصحيح مسلم رقم (١٧١٤) ٦ /١٤٨.

ثالثاً: بعد عصر الرسالة:

وفي عصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، تغيرت عادات، ووجدت أعراف لم تكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، راعاها السلف الصالح رضي الله عنهم، ورتبوا عليها أحكاماً تناسبها، وإن كانت في بدء تشريعها مراعاة للمصلحة لكنها صارت أعرافاً منها: عقد الاستصناع، واتخاذ دار للسجن، وتدوين الدواوين مما لم تنص عليه الشريعة.

وكذا الحال بعد عصر الأئمة رضوان الله عليهم، ومن ذلك أن الإمام أبا حنيفة كان لا يرى أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وعلى الإمامة في الصلاة، ولكن مع مرور الوقت، وتغير الأحوال وانقطاع العطاء الذي كان يأخذ منه من يتولى هذه الأعمال، أفتى المتأخرون من أصحابه بجواز الاستئجار على تعليم القرآن وإمامة الصلاة، خوفاً من الضياع إذا انصرف الناس لكسب أرزاقهم، أو خوفاً من ضياع هؤلاء المعلمين والأئمة، بعجزهم عن اكتساب نفقاتهم ونفقات أولادهم إذا تفرغوا لأداء هذه الأعمال[1].

رابعاً: العرف في نظر القانونيين:

رأينا فيما سبق أن بعض الأعراف قد جمعت في قانون مثل قانون «مانو» وما كان عليه الحال فيما مضى استمر ونُظِّم، حتى أصبح العرف يمثل جانباً كبيراً من القانون، أو مرجعاً من المراجع الأساسية للقانون، عند الدول غير الإسلامية، أو للقضاء كانجلترا وفرنسا.

أما القانونيون في الدول الإسلامية فيعتبرون العرف مرجعاً يرجع إليه بعد القانون، ويغالون في بعض الدول فيعتبرونه المرجع الأول بعد القانون، مقدماً على الشريعة الإسلامية كما في القانون المصري؛ حيث نص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيق حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/٣٠٢، وأصول مذهب الإمام أحمد للتركي ص٦٠٤.

وهذا خطأ فادح يجب أن يصحح، وبخاصة وقد نص الدستور على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول للتشريع[١]، وليس لأحد بعد ذلك تقديم شيء على الشريعة، **وقد تدارك القانون المدني الأردني هذا العيب**، فقدم الشريعة الإسلامية على العرف فقد نص في مادته الثانية على أن:

١ ـ تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولامساغ للاجتهاد في مورد النص.

٢ ـ فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣ ـ فإذا لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم يوجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة..[٢].

وجاء القانون المدني بدولة الإمارات فكان مرجعه الأول الشريعة الإسلامية، ومع هذا نص على أنه إذا فات التقنين ذكر شيء رجع فيه إلى الشريعة الإسلامية ثم العرف، فقد جاء في الباب التمهيدي في مادته الأولى ما يلي:

١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة.

فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقضي به المصلحة.

---

(١) العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص٢٦، والمدخل لدراسة العلوم القانونية للدكتور عبدالحي حجازي ص٤٧٣.

(٢) المرجع السابق والمادة الثانية من الباب التمهيدي من القانون المدني الأردني المؤقت رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

٢ ـ فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة.

وتوجد ميزة أخرى في هذا القانون وهي أن المادة الثالثة منه اشترطت ألا يخالف النظام العام ومبادئ الشريعة الإسلامية[١].

ومنه تبين أنه يشترط في العرف ألا يخالف الشريعة الإسلامية، غير أنه كان الأولى الاكتفاء بالشريعة الإسلامية كمصدر وحيد ما دام العرف راجعاً إليها.

المطلب الثاني: مجال العمل بالعرف في الشريعة الإسلامية:

إن مجال العرف لا يختص بباب من أبواب الفقه، وإنما هو منبث في كل باب من الأبواب، سواء في ذلك العبادات أو المعاملات، أو الأحوال الشخصية أو العقوبات أو غيرها من أبواب الفقه، هكذا ذكر بعض الزملاء ولم يحد له حداً، أو يضع له ضابطاً[٢]، وزميل آخر أجاد فيما مثل به للعرف في كل أبواب الفقه بالكثير من الأمثلة ولكنه لم يضع لذلك ضابطاً[٣].

ورحم الله السلف الصالح، فقد أشار البخاري في تراجمه في صحيحه إلى كثير من استعمالات العرف، ونقل ابن حجر عن القاضي حسين أهم مجالات استعمال العرف، وذكر منها ثلاثة، وقدم لها بتفسير ترجمة البخاري في قوله: «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن، وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة».

قال ابن حجر: «قال ابن المنير وغيره: مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على

(١) العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور حسنين محمود حسنين ص٢٨. وانظر القانون المدني لدولة الإمارات رقم (٢٣) لسنة (١٩٨٥) طبعة وزارة العدل.

(٢) المرجع السابق ص١٢٩.

(٣) العرف وأثره في الشريعة والقانون للدكتور أحمد علي سير المباركي ص ٢٠١ ـ٢٣٥.

العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ»[١].

أقول: وهذا مجال من المجالات، وأتبعه ابن حجر بالمجالات الأخرى التي ذكرها القاضي حسين: «**فمنها** الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كصغر ضبة الفضة وكبرها، وغالب الكثافة في اللحية ونادرها، وقرب منزله وبعده، وكثرة فعل أو كلام وقلته في الصلاة..، وثمن مثل ومهر مثل، وكفء نكاح، ومؤنة ونفقة وكسوة وسكنى، وما يليق بحال الشخص من ذلك. **ومنها** الرجوع إليه في المقادير كالحيض والطهر وأكثر مدة الحمل وسن اليأس. **ومنها** الرجوع إليه في فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كإحياء الموات، والإذن في الضيافة ودخول بيت قريب وتبسط مع صديق، وما يعد قبضاً وإيداعاً وهديةً وغصباً، وحفظ وديعة وانتفاعاً بعارية. **ومنها** الرجوع إليه في أمر مخصص كألفاظ الأيمان، وفي الوقف والوصية والتفويض، ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك»[٢]. وهذه ضوابط لمجالات استعمال العرف في الأفعال والأقوال.

وهذه الأمثلة ذكرها الأصوليون والمؤلفون في القواعد كابن السبكي وزاد عليها ضابطاً مشهوراً وهو ما ذكره في قوله: «واشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف، وهذا صريح في تقديم اللغة على العرف وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة».

ثم علق عليه بقوله: «ولا منافاة بين الأمرين لعدم تواردهما على محل واحد»[٣]، فعند الأصوليين إذا تعارض العرف واللغة قدمنا العرف، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة فإنا نرجع فيه إلى العرف.

---

(١) فتح الباري على صحيح البخاري ٦/٢٥٨ باب (٩٥).

(٢) فتح الباري مع صحيح البخاري ٦/٢٥٨ باب (٩٥).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٥١، فالأول فيما ليس له معنى في اللغة ولا في الشرع، والثاني فيما له معنى في اللغة.

المطلب الثالث: مدى حاجة الفقيه إلى الإلمام بأعراف الناس:

الفقيه سواء كان مفتياً يستفتيه المسلمون فيما يجد من الحوادث والوقائع، أو وكل إليه القضاء بين الناس فيما يقع بينهم من مظالم، أو كان في أي موقع من المواقع التي ناط الشارع بها المحافظة على مصالح المسلمين، جماعة كانوا أو أفراداً، لابد له من معرفة العادات والتقاليد، وأن يلم إلماماً كاملاً بأعراف الناس، وما يعتبرونه حسناً، وما يعتبرونه قبيحاً؛ لأن الفتوى لابد فيها من مراعاة أعراف الناس، وتنزيل كلام الناس وتصرفاتهم على ما ألفوه وتعودوه من المعاني والتصرفات؛ لأن من الأحكام مايدور مع العوائد والأعراف، ويقول القرافي: « لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت، كالعيوب في الأغراض في البياعات ونحو ذلك، ... وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة، رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه مرغوباً محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه، لا خلاف فيه».

إلى أن يقول: «وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتَبِرْه، ومهما سقط أسقطه»[١].

هذا إذا كان المستفتي من إقليم المفتي، أما إذا كان من غير إقليمه فالواجب على المفتي في هذه الحالة، أن يستوضحه عن عرف بلده الذي يتعلق بالمسألة التي يسأل فيها، فإذا علمه المفتي قضى بموجبه وأفتى، ولا يفتي بما عرفه من عادات بلده التي يعيش فيها[٢]. ولابد للمفتي أن يعلم ما يتعلق بالعرف من أحكام وشروط وأنواع، وأن يعلم أن العوائد والأعراف منها ما نبه الشارع إليه وأمر به أو نهى عنه، وهومايطلق عليه الأصوليون عرف الشارع. ومنها ما سكت الشارع عنه مما جرى بين الناس من أعراف، ولم يرد في نفيه

---

(١) الفروق للقرافي الفرق الثامن والعشرون ١/١٧٦.

(٢) الفروق للقرافي ١/١٧٧ وإعلام الموقعين ٣/١٤-٨٩.

ولا إثباته دليل شرعي، وأن القسم الأول لا مجال للاجتهاد فيه وإنما هو ثابت كما أثبته الشارع أمراً به أو نهياً عنه، وأما القسم الثاني فإنه إذا تغير دار الحكم معه[١].

وهكذا القاضي الذي يحكم بين الناس، ويقضي بينهم في منازعاتهم، لا يمكنه أن يؤدي عمله هذا، ويطمئن قلبه، ويغلب على ظنه أنه وصل إلى الحكم المراد له تعالى في هذه المسألة، إلا إذا عرف أوامر الشرع ونواهيه فيها، وعلم أعراف الناس وما هم عليه من عادات، بل إن الأمر لا يقتصر على المفتي والقاضي، وإنما يتعداهما إلى كل من يتعرض للكلام في الشريعة سواء كان مدرساً للفقه أو الحديث أو التفسير أو التوحيد أو غيرها من العلوم الإسلامية، أو كان داعياً يدعو الناس إلى دين الله، وترك ما يخالف من أعراف فاسدة تناقض نصوص الشريعة وتعارض قواعدها.

فهذا وذاك لا يمكنه أن يؤدي عمله حق الأداء إلا إذا كان ملماً بهذه الأعراف والعادات، ويقيسها بمقياس الشريعة، فما كان منها غير مناقض لنصوص الشريعة وقواعدها، اعتبره وبنى الأحكام عليه، وما كان غير ذلك بيَّنَ ما فيه من فساد، حتى لا يغتر الناس بما فيه من مصلحة متوهمة، هي في حقيقة أمرها شر مستطير.

من هذا كله تبين أن معرفة العادات والإلمام بالأعراف، شرط من شروط الاجتهاد والقضاء، بل لابد منه لكل من يتعرض لدراسة أي علم من علوم الشريعة أو الدعوة والحسبة.

يقول ابن عابدين: «قالوا في شروط الاجتهاد إنه لابد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان أولاً للزم منه المشقة، والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير...»[٢].

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٣.

(٢) نشر العرف، ضمن رسائل ابن عابدين ٢/١٢٣.

المبحث الأول

في تعريف العرف وبيان العلاقة بينه وبين ما يشبهه

وفيه تسعة مطالب

المطلب الأول: في تعريفه في اللغة:

إذا نظرنا في كتب اللغة وجدنا اللغويين يكادون يجمعون على معنيين لكلمة (عرف) وهما:

المعنى الأول: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض.

المعنى الثاني: السكون والطمأنينة.

يقول ابن فارس: «عرف»، العين والراء والفاء، أصلان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول: العرف عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال: جاءت القطا عرفاً عرفاً، أي بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلاناً ومعرفة وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكون إليه؛ لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه»[١].

وهل استعمال كلمة العرف في كلا المعنيين على سبيل الحقيقة فيكون من باب المشترك اللفظي وهو ظاهر كلام الزبيدي حيث لم يورد من الاستعمال المجازي إلا أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها، والعرف بمعنى موج البحر[٢]، أو هو من باب المشترك المعنوي فيطلق العرف على معنى عام شامل للمعنيين المذكورين وهو كل ما تعارفه الناس من الخير وأقروه، وهو ظاهر كلام ابن منظور حيث ذكر له هذا المعنى وعبر عن غيره بصيغة

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤ / ٢٨١.

(٢) تاج العروس ٦ / ١٩٣.

التضعيف، فقال: «العرف والعارفة والمعروف واحد، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به النفس وتطمئن إليه»[١]. والأمر في ذلك قريب، وقواعد اللغة ترجح الثاني، وهو كون هذا الاستعمال من قبيل المشترك المعنوي؛ لأن الاشتراك اللفظي خلاف الأصل.

وقد استعملت عرف والعرف بمعان أخرى، وأرجح كونها مجازية منها:

١ ـ يطلق على كل عال ومرتفع، قال ابن منظور: «عرف الرمل والجبل وكل عال ظهره والأعراف في الآية ﴿وَعَلَى الأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾»[٢]. .. قال الزجاج: «الأعراف أعالي السور»[٣].

٢ ـ ويطلق العرف بالضم أيضاً على الاعتراف ومنه قولهم: له علي ألف عرفاً.

٣ ـ كما يطلق على الجود وكل ما تبذله وتعطيه.

٤ ـ ويطلق على عرف الديك والفرس وغيرها وهو داخل في الأول[٤]. وغير هذا من المعاني، ولا يدخل في بحثنا العرف بالكسر والعرف بالفتح[٥].

وننتهي من هذا إلى أن المعنى الحقيقي لكلمة العرف بالضم هو: ما تعارفه الناس فيما بينهم من الخير وأقروه واطمأنوا إليه.

---

(١) لسان العرب ٩/ ٢٣٩ و١١/ ١٤٦. وتبسأ بمعنى تأنس.

(٢) سورة الأعراف: الآية ٤٦.

(٣) لسان العرب ٩/ ٢٣٨ و ١١/ ١٤٤.

(٤) انظر لسان العرب ١١/ ١٤٤–١٤٧، ومعجم مقاييس اللغة ٤/ ٢٨١، والقاموس المحيط ٣/ ١٧٨، وتاج العروس ٦/ ١٩٣.

(٥) يستعمل العرف بكسر العين بمعنى الصبر. يقول أبو دهبل الجحمي:

قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العِرف في المصيبات

ويقول النابغة:

على عارفاتٍ للطعان عوابسٍ بهن كلومٌ بين دامٍ وجالبِ

ويستعمل العرف بالفتح في الريح الطيبة غالباً، ومنه قول الشاعر:

ثناء كعرف الطيب يهدى لأهله وليس له إلا بني خالد أهل

المراجع السابقة، والاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضري ٢/ ١٨١ والعرف للمباركي ص٢٨، والعرف والعمل للجيدي ص٢٩.

المطلب الثاني: العرف عند علماء الشريعة:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: العرف عند المفسرين[١]:

وقد جاءت مادة عرف في القرآن الكريم في سبعين موضعاً، ونختار منها مما يمس موضوعنا ثلاثة ألفاظ:

الأول: لفظ (العرف) ولم يذكر في القرآن إلا مرة واحدة، وهي في قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[٢].

يقول البغوي في تفسير العرف: «أي المعروف وهو كل ما يعرفه الشرع»[٣].

ويقول الآلوسي: «وأمر بالعرف» أي المعروف المستحسن من الأفعال، فإن ذلك أقرب إلى قبول الناس من غير نكير[٤].

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: «الأمر بالعرف وهو المعروف والجميل من الأفعال، وهو كل ما أمر به الشرع، وتعارفه الناس من الخير، واستحسنه العقلاء... ويراد به ما هو معهود بين الناس في المعاملات والعادات»[٥].

الثاني: لفظ (عرفاً) وذلك في قوله تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفًا﴾[٦].

يقول البغوي: «﴿وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفًا﴾ يعني الرياح أرسلت متتابعة كعرف الفرس،

---

(١) ونعتمد في هذا على ثلاثة من كتب التفسير: قديم ووسط ومعاصر، أولها قديم وهو معالم التنزيل للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي المتوفى (٥١٦هـ)، والثاني روح المعاني للعلاّمة محمود الآلوسي البغدادي المتوفى (١٢٧٠هـ)، والثالث لمعاصر وهو التفسير المنير للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي.

(٢) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٣) تفسير البغوي ٢/٢٢٤.

(٤) روح المعاني ٦/٢١٣.

(٥) التفسير المنير ٩/٢١٧.

(٦) سورة المرسلات: الآية١.

وقيل عرفاً أي كثيراً، تقول العرب: الناس إلى فلان عرف واحد، إذا توجهوا إليه فأكثروا، هذا معنى قول مجاهد وقتادة، قال مقاتل: يعني الملائكة التي أرسلت بالمعروف من أمر الله ونهيه، وهي رواية مسروق عن ابن مسعود»[١].

ويقول الآلوسي: في تفسير هذه الآية: «نصب (عرفاً) على الحال والمراد متتابعة وكان الأصل: والمرسلات متتابعة كالعرف، وهو عرف الدابة كالفرس والضبع، أعني الشعر المعروف على قفاها، فحذف متتابعة لدلالة التشبيه عليه ثم حذف أداة التشبيه مبالغة، ومن هذا قولهم: جاءوا عرفاً واحداً إذا جاءوا يتبع بعضهم بعضاً، وهم عليه كعرف الضبع إذا تألبوا عليه، ويؤخذ من كلام بعضهم: أن العرف في الأصل ما ذكر، ثم كثر استعماله في معنى التتابع، فصار فيه حقيقة عرفية، أو على أنه مفعول له على أنه بمعنى العرف الذي هو نقيض النكر»[٢].

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي في تفسير هذه الآية: «الأظهر أنها الرياح المتتابعة كعرف الفرس، وهو الشعر الثابت على الرقبة، وقيل: إنها الملائكة المرسلة للمعروف والإحسان... وقيل: المقصود بالمرسلات الملائكة المرسلة بوحي الله وأمره ونهيه بالإحسان والمعروف..»[٣].

الثالث: لفظ المعروف في قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾. وقوله: ﴿**إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ**﴾[٤].

وفسر البغوي المعروف: «أي على قدر الميسرة، وفي الثانية: ﴿إذا سلمتم﴾ إلى أمهاتهم ﴿ما آتيتم﴾ ما سميتم لهن من أجرة الرضاع»[٥].

---

(١) تفسير البغوي ٤/ ٤٣٢.

(٢) روح المعاني ١٦/ ٢٩٠.

(٣) التفسير المنير ٢٩/ ٣١٦.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٥) تفسير البغوي ١١/ ٢١١.

ويقول الآلوسي: «بالمعروف أي بلا إسراف ولا تقتير، أو حسب ما يراه الحاكم ويفي به وسعه» ويقول في الثانية: «بالمعروف متعلق بسلمتم أي بالوجه المتعارف المستحسن عرفاً»[١].

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: «والنفقة الواجبة... هي بالمعروف أي بالمتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط»[٢].

المسألة الثانية :في العرف عند المحدِّثين:

وقد جاء الكثير من الأحاديث ذكر فيها العرف والمعروف بلفظه أو بمعناه، نختار منها ما رواه البخاري ومسلم، كل منهما بسنده إلى عائشة رضي الله عنها، واللفظ للبخاري: «أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٣].

وقد فسّر ابن حجر المعروف بالقدر الذي عرف بالعادة أنه يكفيهم ونقل عن القرطبي الاحتجاج به على اعتبار العرف في الشرعيات خلافاً لمن أنكر ذلك لفظاً وعمل به معنى كالشافعية، كذا قال.

ثم قال ابن حجر: «والشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف».

ويذكر النووي الفوائد التي تؤخذ من هذا الحديث، ومنها اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي[٤].

(١) روح المعاني ٢/٢٢٣.

(٢) التفسير المنير ٢/٣٦٤.

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ١٢/٢٤٦ حديث (٥٣٦٤)، وصحيح مسلم بشرح النووي ٦/٢٤٨ حديث (١٧١٤).

(٤) انظر المرجعين السابقين.

ويذكر تفسير العرف ومدى حجيته عند كلامه على نفقة الرقيق فيقول: «وإنما يجب على السيد نفقة المملوك وكسوته بالمعروف بحسب البلدان والأشخاص سواء كان من جنس نفقة السيد ولباسه أو دونه أو فوقه، حتى لو قتر على نفسه تقتيراً خارجاً عن عادة أمثاله، إما زهداً وإما شحاً، لا يحل له التقتير على المملوك وإلزامه وموافقته إلا برضاه»[١].

المسألة الثالثة: في معنى العرف عند الأصوليين والفقهاء:

وسنذكر هنا اتجاهات أربعة:

الاتجاه الأول: وهو لمن يرى ترادف العرف والعادة ويقرنهما في تعريف واحد، ويمثله ما نقله أستاذنا الدكتور أحمد أبو سنة عن عبدالله بن أحمد النسفي الملقب بحافظ الدين النسفي (٧١٠هـ) وارتضاه جمع وهو: «العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[٢]، واعترض على هذا التعريف بأنه يسوي بين العرف والعادة وليس الأمر كذلك؛ لأن العادة أعم، فالعرف يدل على تتابع الكثيرين عليه، والعادة تدل على ذلك وعلى العادة الفردية[٣].

الاتجاه الثاني: وهو لمن يرى أن العادة أعم من العرف، فالعرف ما تتابع عليه الكثيرون، والعادة تشمل هذا، وتشمل العادة الفردية ورجحه الدكتور أحمد بن علي المباركي[٤] وفهمه الدكتور الطيب خضري من كلام أورده للقرافي، يفيد أن العادة قد

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٦/١٤٨.

(٢) العرف والعادة لأبي سنة ص٨٥، نقلاً عن المستصفى للنسفي مخطوط بمكتبة الأزهر ١/٢١٧، وانظر الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضري ٢/١٨٣، والعرف والعادة للدكتور حسنين محمود ص١٥.

(٣) العرف وأثره للمباركي ص٣١، وهو اتجاه الجرجاني في التعريفات ص١٤٩، فقد سوى بينهما ولعله يقصد التسوية بين العرف والعادة الجماعية حسبما يؤخذ من كلامه.

(٤) العرف وأثره ص٣١.

تكون عامة في البلاد وقد تكون خاصة ببعضها أو ببعض الفرق[١] ولو رجعنا إلى كلام القرافي نراه في مواطن كثيرة لا يفرق بين العرف والعادة، ويجعلهما بمعنى واحد وفي منزلة واحدة، فقد قرن بينهما في قوله: «من له عرف، وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه» ويقول: «العوائد القولية تؤثر في الألفاظ تخصيصاً ومجازاً وغيره بخلاف العوائد الفعلية»[٢]، ويدل قوله هذا على أن ما اختص بواحد يطلق عليه عرف، والجماعة من باب أولى، ويدل كذلك على أن ما كان قولياً أو فعلياً مما تتابع واستمر يسمى عرفاً أو عادة فالعادة والعرف عند القرافي بمعنى واحد فهو مع أصحاب الاتجاه الأول.

والتعريف الذي يمثل هذا الاتجاه هو تعريف المباركي حيث يقول: «العرف ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها سواء كان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين»[٣].

الاتجاه الثالث: وهو لمن يرى أن العرف أعم من العادة، وقد نسب هذا إلى الكمال ابن الهمام أخذاً من قول الكمال «العادة هي العرف العملي» وقال شارحه في ذلك: «العادة وهي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية والمراد هنا العرف العملي»[٤].

أقول: وهذا صريح في أن العادة قسم من العرف، وهو العرف العملي وهذا يدل على أن العرف أعم من العادة. ولكنا نرى بعض الزملاء يعلقون على هذا القول بقولهم: ويكون تخصيص العرف بالقول والعادة بالفعل[٥]، وهذا مخالف لما قاله الكمال.

الاتجاه الرابع: وهو لمن يرى أن العادة تخالف العرف، فالعادة لما استقر من الأفعال، والعرف لما كان من الأقوال. وصرح بهذا الفناري حيث يقول: «حصر المشايخ قرينة المجاز

---

(١) الاجتهاد فيما لا نص فيه ٢/ ١٨٤.

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص٢١١ -٢١٢.

(٣) العرف وأثره للمباركي ص٣٥، وهذا يدل على أن ما اعتاده البعض يسمى عادة ولا يسمى عرفاً.

(٤) تيسير التحرير لمحمد أمين بادشاه شرح التحرير للكمال بن الهمام ١/ ٣١٧.

(٥) الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضري ٢/ ١٨٣.

في خمسة، ما بدلالة العرف قولاً والعادة فعلاً»[١]. ولم أره منقولاً عن غيره.

تعليق: إذا نظرنا إلى هذه الاتجاهات نرى أن كلاً منها ينظر إلى العرف والعادة من زاوية خاصة، وأن النظرة التي يجب أن تراعى، هي نظرة الشارع إلى العرف والعادة المعتبرين في استنباط الأحكام الشرعية، وهذه النظرة تحتم تساوي العرف والعادة في المقاييس الشرعية، فالعادة أو العرف المعتبر شرعاً هو ما يعم كل الناس أو أكثرهم أو طائفة من الناس، لا ما يخص فرداً بذاته، سواء كان قولاً أو فعلاً، وفي هذه النظرة لابد من القول بترادف العرف والعادة بهذا المعنى، وهو الذي نرجحه.

التعريف المختار: ويمكننا ترجيح تعريف كل من العرف والعادة المقصودين هنا بقولنا: العرف والعادة الجماعية هما: ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا على إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، سواء كان ذلك في جميع البلدان أو في بعضها، في جميع العصور أو في عصر معين، أو عند طائفة معينة وتلقوه بالقبول.

واختصار القول: هو ما اعتاده أكثر الناس من الأقوال والأفعال ولو في بعض البلاد أو العصور أو الطوائف وتلقوه بالقبول.

المطلب الثالث: في العلاقة بين العرف والعادة:

مما تقدم من اتجاهات في تعريف العرف، رأينا أن البعض يرى أن العرف أعم من العادة فالعرف يشمل الأقوال والأفعال، والعادة تختص بالأفعال.

والبعض يرى أن العادة أعم بحسب ما تصدر عنه، فإذا كان الجميع أو أكثرهم يسمى عرفاً وعادة، وإن كان واحداً فقط يسمى عادة فالعادة أعم.

والبعض يرى أنهما مختلفان، فالعرف شيء والعادة شيء آخر، ولعلهم يقصدون ما

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع ٢ / ١٠٠.

أشار إليه الشيخ أبو الفيض محمد ياسين بن عيسى الفاداني المكي: أن العرف والعادة إذا اجتمعا يقصد بالعرف: ما تعارف الناس عليه أو بعضهم، أو نقل الشارع كلمة تدل على معنى مقصود شرعاً، ويقصد بالعادة تكرار حصول الشيء(١). ووجهة نظر من يرى أن العرف والعادة شيء واحد، فإنما يقصد ـ كما قلنا ـ العرف والعادة التي يمكن بناء الأحكام عليهما فيكونان لفظين مترادفين، وعلى كل فهذا اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح.

وإذا كان لنا أن نرجح اتجاهاً فإننا نرجح اتجاه الجمهور الذي يجعل العرف والعادة لفظين مترادفين؛ لأننا نتكلم عن العرف والعادة التي تبنى عليهما أحكام الشرع، والناظر لهما من هذه الحيثية يجدهما مترادفين، وممن ذهب إلى هذا القرافي المالكي والفتوحي الحنبلي وابن عابدين الحنفي والجرهزي الشافعي(٢)، وهو رأي الجمهور الذين يرون أن العادة والعرف شيء واحد، وهو: ما اعتاده أكثر الناس من الأقوال والأفعال، ولو في بعض البلاد أو العصور أو الطوائف وتلقوه بالقبول.

المطلب الرابع: في العلاقة بين العرف والمصلحة:

انتهينا إلى تعريف العرف بأنه: ما اعتاده أكثر الناس من الأقوال والأفعال ولو في بعض البلاد أو العصور أو الطوائف، أما المصلحة فأحسن ما يقال فيها: إنها المحافظة على مقصود الشارع من جلب الخير للمكلفين ودفع الشر عنهم، في دينهم ونفسهم ونسلهم وعقلهم ومالهم(٣).

---

(١) الفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية للفاداني المكي ٢٩١/١.

(٢) شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨، وشرح الكوكب المنير ٤ /٤٤٨، ونشر العرف ٢ /١٢٣، والفوائد الجنية ٢٩٢/١.

(٣) المصلحة المرسلة بين النظرية والتطبيق للدكتور حسن مرعي ص٥، ولا يزال مخطوطاً، وهو تعديل لتعريف الغزالي في المستصفى ١ /٢٨٦.

وإذا نظرنا إلى هذين التعريفين لكل من العرف والمصلحة نرى العلاقة بينهما ظاهرة جلية؛ لأن طبيعة البشر تحرص على جلب المنافع ودفع المفاسد، فإذا فعل إنسان فعلاً، ووجد فيه الخير له، نراه يحرص عليه، وإذا علم غيره بما في هذا الفعل من الخير تابعه عليه، وهكذا حتى يعم هذا الاستعمال الناس أو أكثرهم، وعندئذ يتكون العرف، فالعرف أساسه المصلحة وهو ناشئ عنها، ولهذا نرى بعض العلماء لا يجعلون العرف دليلاً مستقلاً، وإنما يجعلونه قسماً من المصلحة، يقول الشيخ عبدالوهاب خلاف: والعرف عند التحقيق ليس دليلاً مستقلاً وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة[1].

وعلى هذا تكون العلاقة بين العرف والمصلحة بصفة عامة: العموم والخصوص المطلق، يجتمعان في المصالح التي استقر العرف على مراعاته، كشرب الماء من السقاء دون تحديد ثمن، ودخول الحمام دون تحديد أجرة.

وينفرد الأعم وهو المصلحة، في المصلحة التي وصل إليها أحد المجتهدين، ولم يجر بها عرف، كجعل عمر رضي الله عنه داراً للسجن ونحوه مما كان في عهده، وذلك في أول الأمر، ثم جرى العرف بها بعد ذلك.

المطلب الخامس: في العلاقة بين العرف والاستحسان:

سبق لنا بيان حقيقة العرف، أما الاستحسان فأحسن ما يقال في تعريفه: إنه الرجوع عن حكم دليل عام إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه من نص أو إجماع أو غيره[2].

وإذا نظرنا إلى أنواع الاستحسان التي ذكرها الأصوليون وجدنا:

١ ـ منها نوعاً سنده العرف، فالعرف والاستحسان يجتمعان في هذا النوع، ومثاله:

---

(١) أصول الفقه ص٩١.

(٢) هذا تعريف الآمدي في الإحكام ٤ /١٥٨، وانظر الاستحسان حقيقته وحجيته للدكتور حسن مرعي، منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية، العدد الرابع عشر، يوليو (١٩٩٧م).

أن القاعدة العامة في الوقف أن يكون مؤبداً، ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز وقف المنقول استقلالاً؛ لأن المنقولات على شرف الهلاك، فلا تكون قابلة للتأبيد، فلا يصح وقفها، ولكن الإمام محمد بن الحسن أجاز ما جرى العرف بوقفه منها.

يقول الموصلي: «وعن محمد بن الحسن جواز وقف ما جرى فيه التعامل، كالفأس والقدوم والمنشار والقدور والمصاحف والكتب، بخلاف ما لا تعامل فيه»[١].

٢ ـ وينفرد الاستحسان في الاستحسان الذي سنده غير العرف كالنص والإجماع والضرورة ونحوها، ومثاله: السلم، فإن القاعدة العامة أنه لا يجوز للإنسان أن يبيع ما ليس عنده عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ولا تبع ما ليس عندك»[٢]، ولكنا استحسنا جوازه، واستثنيناه من هذه القاعدة العامة، عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٣]، فقد أجاز الرسول صلى الله عليه وسلم السلم، وبين شروطه حتى لا يقع نزاع بين الأمة.

٣ ـ وينفرد العرف فيما إذا لم يكن في مقابله دليل آخر، ومثاله: إذا لم يتفق الزوجان على المعجل والمؤجل من المهر عملنا فيه بالعرف، وعلى هذا تكون العلاقة بين العرف والاستحسان العموم والخصوص الوجهي، يجتمعان في وجه وينفرد كل منهما في وجه كما بينا.

المطلب السادس: في العلاقة بين العرف والإجماع:

سبق لنا بيان معنى العرف وأنه ما اعتاده أكثر الناس.. .إلخ.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ٣/٥٨.

(٢) صحيح مسلم مع شرح النووي ٦/٨٨، وسبل السلام ٣/١٠٧.

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري حديث رقم (٢٢٤٠)، ومسلم بشرح النووي حديث رقم (١٦٠٤)، وانظر في أنواع الاستحسان: الاستحسان عند الأئمة وأنواعه وتطبيقاته للدكتور حسن مرعي، منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية في دبي، العدد الخامس عشر، يناير (١٩٩٨م).

أما الإجماع فهو: اتفاق المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور على حكم شرعي[1].

وجه الشبه بينهما: أن كلاً من الإجماع والعرف لابد فيه من الاتفاق على رأي من مجموعة من الناس. ويختلفان في أمور أهمها:

١ - الإجماع هو اتفاق كل المجتهدين، أما العرف فهو اتفاق الناس جميعاً أو أكثرهم لا فرق بين مجتهد وغيره، أو اتفاق أهل بلدة أو صناعة.

٢ - الحكم الثابت بالإجماع لا يجوز تغييره إلا إذا كان سنده مصلحة أو عرفاً، أما الحكم الثابت بالعرف فيجوز تغييره عند تغير الأعراف والعادات.

٣ - الحكم الثابت بالإجماع لا يجوز مخالفته، والثابت بالعرف تجوز مخالفته برضا المتعاقدين إلا العرف الشرعي.

٤ - الإجماع لا يصادم نصاً، فالإجماع في معارضة النص لا ينعقد، أما العرف فقد ينعقد في معارضة النص كإباحة التعامل بالربا ولكنه لا يعتبر ولا يعترف به، وإنما هو عرف باطل.

٥ - الإجماع يكون حجة بمجرد انعقاده، أما العرف فلا بُدَّ فيه من الدوام والاستمرار حتى يحكّم.

٦ - المسائل المجمع عليها أغلق فيها باب الاجتهاد، أما المتعارف عليها فهي قابلة للاجتهاد.

٧ - الإجماع حجة للمجمعين ولمن يأتي بعدهم، أما العرف فلا يكون ملزماً إلا لمن تعارفوا عليه إذا كان لا يخالف نصاً.

٨ - الإجماع لا يتم إلا بعد النظر في المسألة المعروضة والبحث في أدلتها، ثم يكون الإجماع.

---

(١) انظر تعريفه في المحصول ٢/٤، وكشف الأسرار للنسفي ٢/١٨٠، و المعتمد للبصري ٢/٤٥٧.

أما العرف فهو أمر تلقائي يطبقه الناس في حياتهم[١].

العلاقة بينهما: مما تقدم نستطيع أن نستنتج أن العلاقة بين الإجماع والعرف هي العموم والخصوص الوجهي. فيجتمعان في إجماع سنده العرف، وينفرد الإجماع في الإجماع الذي سنده غير العرف من النص ونحوه، وينفرد العرف في الأعراف التي لم يحصل عليها إجماع من المجتهدين كأعراف أهل الصناعات مثلاً أو أهل قطر من الأقطار الإسلامية.

المطلب السابع: في العلاقة بين العرف وما جرى عليه العمل:

بيّنا العرف فيما مضى، وهو ما اعتاده أكثر الناس...

وأما العمل، فالمراد به عمل أهل المدينة الذي نقل عن مالك الاحتجاج به؛ وذلك لأن لعمل أهل المدينة خصوصيات تخصه، لشهادة النقل والعقل بذلك ففيها عاش الرسول صلى الله عليه وسلم حياته، شريعة تعيش بين الناس، في عباداته ومعاملاته وجهاده وسائر أحواله، وفيها نمت الشريعة وترعرعت، وازدهر الاجتهاد على يد الصحابة الأجلاء رضوان الله عليهم، فلها ميزتها الخاصة بها.

تعريف العمل: أو ما جرى عليه العمل فأولى ما يقال فيه ما نقله ابن أبي أويس ابن أخت مالك (ت:٢٢٧هـ) عن مالك رضي الله عنه قال: «وما رأيت الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام، وعرفه الجاهل والعالم، وكذلك ما قلت فيه: ببلدنا»[٢]، فقد فسره مالك بالعرف الذي تعارفه الناس جميعاً يستوي في ذلك الجاهل والعالم وهذا بعينه هو العرف الذي نتكلم فيه. وهذا لا يسمى إجماعاً، وإنما هو عرف تسلسل العمل به واستمر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبعاً ونقلاً، لا اجتهاداً

---

(١) الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضري ٢/ ١٨٤، والعرف والعادة للدكتور حسنين محمود ص٢٢، والعرف وأثره للمباركي ص٥٢.

(٢) ترتيب المدارك للقاضي عياض ٢/ ٦٤، والمعيار للونشريسي ١٠/ ٣٢.

ورأياً، أو هو سنة منقولة من العصر النبوي. أما ما اتفقوا عليه بالاجتهاد، ولم يخالفهم أحد من الأمة فهذا ينطبق عليه حد الإجماع فيكون إجماعاً وقد تقدم الفرق بينهما.

وما اختلفوا فيه فالخلاف فيه موجود بين غيرهم من أفراد المجتهدين في الأمة، ويبقى باب الاجتهاد مفتوحاً فيه حتى يتم عليه إجماع في عصر من العصور.

معنى آخر لما جرى عليه العمل:

وقد يستعمل اصطلاح ما جرى عليه العمل فيما اتفق عليه المجتهدون في بلد من البلاد، أو إعمال مذهب معين في مصر من الأمصار، أو ما قضت به المحاكم في ولاية من الولايات، وهذا ينزل منزلة العرف في وجوب التحاكم إليه والرجوع له على أن يستوفي الشروط التي نذكرها للعرف.

والفرق بين هذا وبين العرف: أن العرف يعتبر فيه العامة والخاصة، أما ما جرى عليه العمل فيعتبر فيه من يقتدى بهم من العلماء والمجتهدين والقضاة، وإن كان مبنياً في الجملة على ما تعارفه الناس في حياتهم.

وقد كان للفقه المالكي القدح المعلى في التحاكم إلى ما جرى به العمل، ونبه العلماء على هذا قديماً وحديثاً.

وضابط القول في هذا، وأهم شروطه، ألا يخالف نصاً ولا إجماعاً، وقد قام الأستاذ عمر بن عبدالكريم الجيدي بدراسة مفيدة جيدة عن العمل وأتبعها بتطبيقات مهمة على تأصيل الأخذ بما جرى عليه العمل فليراجع ففيه الخير الكثير[١].

كما قام الأستاذ حسان محمد فلمبان بدراسة مفيدة في هذا المجال في رسالته التي أعدها للحصول على الماجستير «خبر الواحد إذا خالف عمل أهل المدينة»[٢].

---

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب للأستاذ عمر بن عبدالكريم الجيدي.

(٢) الرسالة ناقشتها في جامعة أم القرى سنة ١٤٠٩/١٩٨٨ وهي موجودة في مكتبتها وعندي نسخة منها.

المطلب الثامن: في العلاقة بين العرف والعمل بالقرينة:

سبق بيان حقيقة العرف وأنه ما اعتاده أكثر الناس...

أما القرينة: فهي كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، وتنقسم إلى **قطعية** كوجود الدخان فإنه قرينة على وجود النار، **وظنية** وقد تضعف حتى تكون مجرد احتمال. وتنقسم أيضاً إلى قرائن شرعية أو قانونية وإلى قرائن قضائية. وتنقسم ثالثاً وهو المراد لنا إلى عقلية وعرفية.

فالعقلية: هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على العقل، فيستنتجها العقل ويحكم بموجبها، كوجود المسروق عند المتهم بالسرقة.

والعرفية: هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف وعادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً، وتتبدل بتبدلها، كشراء المسلم شاة قبل عيد الأضحى، فإنها قرينة عرفية على قصد الأضحية. وقد اعتمد الفقهاء الدلالة العقلية القطعية كالحكم بالسرقة على من وجد المسروق عنده إلا إذا أقام دليلاً، أما الدلالة العرفية فالفقهاء يعتبرونها من قبيل ما يسمونه بالظاهر، وهي تعتبر مرجحات أولية لزعم من تشهد له من الخصمين[١].

ومن أمثلتها: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت يحكم لكل واحد منهما بما يشبه أن يكون له، وعليه مالك وأبو حنيفة والفقهاء السبعة، وخالف الشافعي في هذا وعاملهما كالأجنبيين، فالحق لا يثبت لأحد الزوجين كالأجنبيين إلا بحجة ظاهرة من يد[٢] أو بيان مما تستحقه الزوجة من الأمتعة في البيت مما جرى عليه العمل في هذه الأيام أو غيرها، وللقرائن واعتماد الفقهاء عليها مجالات كثيرة لها أحكامها تبحث في كتب الفقه، والقواعد والفروق، والذي يعنينا هنا هو صلتها بالعرف.

---

(١) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٢/٩١٨، والعرف والعمل للجيدي ص٢٠٧.

(٢) تهذيب الفروق لمحمد بن علي بن حسين المكي المالكي بهامش الفروق للقرافي ٣/١٨٤، والمهذب للشيرازي ٢/٤٤٣، حيث جعل المتاع بينهما نصفين لأنه في يدهما فحكم باليد كالدار التي يسكنانها.

العلاقة بينهما: القارئ لهذه التقسيمات والناظر فيها يكاد يحكم بأن بين العرف والقرينة عموماً وخصوصاً مطلقاً يجتمعان فيما يكون من القرائن عرفياً، وينفرد الأعم وهو القرائن بالقرينة العقلية كما هو مستنتج من كلام مَنْ كتب في القرينة والعرف.

ولكنا لو دققنا النظر لوجدنا أن القرينة بأنواعها مبناها على العرف، حتى ما يسمى بالعقلية منها، فالعرف إذن هو أساس القرينة، وسبب للفهم مما يفهم منها، والله أعلم.

المطلب التاسع: في منزلة العرف بين الأدلة:

اتفق الأصوليون على اختلاف مذاهبهم على أن الأصل الأول من أصول الشريعة هو الكتاب العزيز، والأصل الثاني هو السنة النبوية.

كما اعتبر الفقهاء العرف الصالح وجعلوه أصلاً من الأصول التي تبنى عليها الأحكام، ووردت عنهم في العرف كلمات جرت مجرى المبادئ العامة والقواعد الكلية كقولهم: «**العادة محكمة**» وقولهم: «**الثابت بالعرف كالثابت بالنص**» وكثير غيرهذا.

ولم يخالف في اعتبار العرف دليلاً إلا القليل ممن يرى أن العرف دليل غير مستقل، وأنه هو دليل تابع لغيره، إذ يردونه إلى النص أو الإجماع أو المصلحة أو الأصل في الأشياء، وممن سار على هذا الاتجاه من المعاصرين العلامة الشيخ عبدالوهاب خلاف والدكتور أحمد فهمي أبو سنة والدكتور سيد صالح[1]، وتبعهم الدكتور الطيب خضري الذي فسر حجية العرف بقوله: «وإنمايقصدون بحجية العرف أن نصوص الشارع وعبارات المتعاملين تفسر وفقاً للعرف الجاري بينهم دون الوقوف على معاني تلك الألفاظ في أصل وضع اللغة»[2].

وأرى أن هذا تفسير قاصر لحجية العرف، فإن العرف كما يكون حجة في تفسير النصوص يكون حجة أيضاً في استنباط الأحكام لأفعال لم يرد بها أمر ولا نهي في

---

(١) أصول الفقه للشيخ خلاف ص٩١، والعرف والعادة للدكتور أبي سنة ص٣٩، وأثر العرف للدكتور السيد صالح ص٧٧، وغمز عيون البصائر ١/٢٩٥-٣٠٧.

(٢) الاجتهاد فيما لا نص فيه ٢/١٩٢.

الشريعة، فيرجع في هذا إلى العرف، فنعتبر ما اعتبره العرف، ونسير على نهجه إذا استوفى شروطه .

وإذا سرنا مع الجمهور الذي يعتبر العرف دليلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية فهل تكون منزلته بعد الكتاب والسنة أو بعد الكتاب والسنة والإجماع؟

يرى البعض أن منزلة العرف بعد الكتاب والسنة وقبل الإجماع، وممن ذهب إلى هذا الأستاذ الجيدي ويبرر رأيه هذا فيقول: «ومن جهة أخرى فإن مألوف الناس لفعل شيء متى استقر عرفاً لهم يجعلنا نوقن بأن الباعث لهم على ذلك أول الأمر هو حاجتهم إليه، إذ هو الذي يحقق النفع لهم ويدفع عنهم الضرر، فلو منعوا من ذلك بعد اعتيادهم إياه وقعوا في الحرج ولحقتهم المشقة، فاعتباره إذن يرجع إلى أصل رفع الحرج، وهذا أصل أصيل مقرر في الكتاب والسنة... وإذا كان الأمر هكذا تأتي مرتبته بين الأدلة بعد الكتاب والسنة مباشرة..»[١].

ويرى جمهور العلماء قدامى ومحدثين أن مرتبته تأتي بعد الكتاب والسنة والإجماع، يقول الحافظ النسفي: «الأصول ثلاثة: الكتاب ويتبعه شرع ما قبلنا والسنة ويتبعها الآثار والإجماع ويتبعه التعامل»[٢].

ويأتي به القرافي في الدرجة العاشرة من الأدلة التسعة عشر التي ذكرها فيقول: هي الكتاب والسنة وإجماع الأمة وإجماع أهل المدينة والقياس وقول الصحابي والمصلحة المرسلة والاستصحاب والبراءة الأصلية والعوائد[٣].

ولعل أرجحها هي ترتيب الحافظ النسفي وهو: الكتاب والسنة والإجماع والعرف، لأن العرف ما هو إلا مصلحة ظهرت، واعتبرها جميع الناس أو أكثرهم، ولم يرد في موقعها

---

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي ص٢٠٤.

(٢) انظر أثر العرف للدكتور السيد صالح ص٧٨.

(٣) شرح تنقيح الفصول ص٤٤٥.

نص ولا إجماع، وهذه يجب أن تقدم وتكون مرتبتها بعد الإجماع، ذلك لأن الشريعة ما جاءت إلا للمحافظة على مصالح الخلق في الدنيا والآخرة، فلا يقدم عليها شيء إلا نصوص الكتاب والسنة، لأنها تمثل مصالح راعاها الشرع، وكذا ما أجمع عليه المسلمون، فإن الأمة لا تجمع على ضلالة كما وردت بذلك السنة المتواترة المعنى[1]، وبعد ذلك يأتي العرف والعوائد التي لا تخالف شيئاً مما تقدم.

* * *

(١) المرجع السابق ص ٣٢٤، والمستصفى للغزالي ١/١٧٥، والبحر المحيط للزركشي ٤/٤٤١، وتشنيف المسامع بجمع الجوامع للزركشي ٣/١٣٦، والأحاديث في هذا كثيرة، راجع سنن أبي داود: كتاب الفتن ٤/٤٥٢، والترمذي ٤/٤٨٥، وابن ماجه رقم (٣٩٥٠).

المبحث الثاني

في حجية العرف

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول: المذاهب في العرف إجمالاً:

نقلنا فيما مضى اتفاق الفقهاء على أن العرف تبنى عليه الأحكام الشرعية، ويرجع إليه في تفسير النصوص، وصرح الكثير منهم بذلك، ومن هذا ما قاله القرافي: « ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وليس كذلك، أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقراها وجدهم يصرحون بذلك فيها... »(١). ومع ذلك فإنا إذا نظرنا إلى كتب الأصول في المذاهب المختلفة رأينا البعض منهم لا يذكر العرف بين الأدلة، والبعض يجعله تابعاً لدليل آخر والبعض الثالث يصرح بحجيته.

فالمذاهب في العرف على هذا ثلاثة:

أولها: مذهب من يرى أن العرف لا يعتبر دليلاً.

ثانيها: أن العرف تابع لدليل وليس بدليل مستقل.

ثالثها: العرف دليل مستقل.

ولنتكلم على هذه المذاهب في المطالب الآتية:

المطلب الثاني: مذهب من يرى عدم اعتبار العرف دليلاً:

أشهر من نسب إليهم هذا المذهب وصرحوا به: أبو الحسين البصري والآمدي وابن الحاجب(٢).

---

(١) شرح تنقيح الفصول ص٤٤٨.

(٢) العرف والعادة للدكتور حسنين محمود ص٧٨، والمعتمد لأبي الحسين البصري ١/٣٠١، والإحكام للآمدي ٢/٣٣٤، ومنتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل ص٩٧.

ولا نطيل الكلام بالاستدلال لهذا المذهب، وإنما نكتفي باستعراض كلام هؤلاء الأعلام، وعندها سوف نرى أنه لاداعي للاستدلال، لأننا سنتبين أنهم مع الجمهور القائلين بأن العرف حجة على وجه الإجمال.

أولاً: كلام أبي الحسين البصري في تخصيص العموم بالعادات قال: «اعلم أن العادة التي هي بخلاف العموم ضربان: أحدهما عادة في الفعل، والآخر عادة في استعمال العموم.

أما **الأول**: فبأن يعتاد الناس شرب بعض الدماء ثم يحرم الله سبحانه الدماء بكلام يعمها، فلا يجوز تخصيص هذا العموم، بل يجب تحريم ما جرت به العادة؛ لأن العموم دلالة، فلا يجوز تخصيصه إلا لدلالة، فلو خصصناه عند هذه العادة لم يخل إما أن يخص بالعادة، أو لأن الأصل إباحة شرب الدماء، والعادة ليس بحجة لأن الناس يعتادون الحسن والقبيح، والعقل في الأصل وإن اقتضى إباحة شرب الدماء، فإنه يقتضيها ما لم ينقلنا عنه شرع، والعموم دليل شرعي فيجب أن ينتقل به.

وأما **الثاني**: وهي العادة في استعمال العموم، فيجوز أن يكون العموم مستغرقاً في اللغة، ويتعارف الناس استعماله في بعض تلك الأشياء فقط نحو اسم الدابة في اللغة فإنه في اللغة لكل ما يدب على الأرض، وقد تعورف استعماله في الخيل فقط، فمتى أمرنا الله سبحانه وتعالى في الدابة بشيء، حملناه على الخيل دون ما يدب من نحو الإبل والبقر، لما بيناه من أن الاسم بالعرف أحق، وليس ذلك بتخصيص على الحقيقة؛ لأن اسم الدابة لا يصير مستعملاً في العرف إلا في الخيل، فيصير كأنه ما استعمل إلا فيه»[1].

هذا هو كلام أبي الحسين البصري، وكأن من نسب إليه إنكار العرف نظر إلى أول كلامه الذي ركز فيه على العادة أو العرف العلمي، ورآها أنها ليست بحجة في مقابلة

(١) المعتمد ١/٣٠١.

العموم فالعموم راجح عليها، فيعمل به وتترك العادة، ولكنه يقول في آخر كلامه إن العرف في الاستعمال دليل قوي، حتى وصل في قوته أنه نقل اللفظ كالدابة من معناه الحقيقي إلى معنى آخر وهو الخيل وكأنه لم يُستعمل إلا فيه، فأبو الحسين البصري لم ينكر العرف حتى خصص به النص، بل ونقل النص من معناه الحقيقي إلى معنى آخر وهو تمسك بالعرف إلى أبعدمدى.

يدل لهذا فوق ما ذكرنا، ما ذكر في باب الحقائق العرفية، فقد أتى فيه بأقوى ما يثبت للعرف السلطان على اللغة[١]، وكذا ما ذكره في باب فيما يفيد لفظه العموم في اللغة وفي العرف فيقول: «فأما ما يفيد العموم في العرف فكقول الله سبحانه ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ**﴾[٢]، وقوله سبحانه: ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ**﴾[٣]، هما من جهة العرف عامان في تحريم سائر وجوه الاستمتاع بالأمهات، وسائر وجوه الانتفاع بالميتة...»[٤]، وهذه كلها مجازات، ويترجح منها ما هو أعظم مقصوداً وهو التلذذ والأكل، وعلى هذا نرى أن أبا الحسين البصري مع الجمهور القائلين بحجية العرف.

ثانياً: كلام الآمدي ويسير فيه على ما سار أبو الحسين البصري، من التفرقة بين العادة التي يعتادها الناس، ويأتي لفظ العموم بخلافها، فلا تخصص اللفظ العام، وبين استعمال اللفظ العام في معنى خاص فإنه يحمل عليه كلفظ الدابة، ويختتم كلامه ببيان الفرق بين الأمرين، ويعطي للعرف ما أعطاه له أبو الحسين البصري من قوة نقل اللفظ عن معناه الحقيقي في اللغة إلى معنى آخر تعارف عليه الناس، وهذا إعمال للعرف الخالي عن معارضة النصوص من باب أولى[٥]، وإذا تصفحنا كتاب الإحكام لوجدناه يستدل كثيراً بالعرف بل

---

(١) المعتمد ١/٢٠٧.

(٢) سورة المائدة: الآية ٣.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٣.

(٤) المعتمد ١/٢٠٧.

(٥) الإحكام للآمدي ٢/٣٣٤.

وبالعادة أيضاً ونكتفي بذكر قوله في المباح هل هو داخل في مسمى الواجب أو لا، ويقول: فإن قيل العادة مطردة بإطلاق الجائز على الصلاة الواجبة والصوم الواجب في قولهم: صلاة جائزة وصوم جائز... قلنا: «فلو كان هو المسمى حقيقة فالعادة أيضاً مطردة بإطلاق الجائز على ما انتفى الحرج عن تركه»[١]، فقد استعمل العادة دليلاً في اعتراض خصمه وفي رده عليه.

ثالثاً: كلام ابن الحاجب وهو يسير على ما سار عليه البصري والآمدي، ونثبته بتمامه لما فيه من زيادة الاعتراف بالعرف في تقييد المطلق قال: «الجمهور على أن العادة في تناول بعض خاص لا يكون مخصصاً للعموم خلافاً لأبي حنيفة، كما لو قال: حرمت الربا في الطعام وكان عادتهم تناول البر، لنا: أن اللفظ عام لغة وعرفاً فوجب التمسك به حتى يثبت تخصيصه، قالوا: كما تخصص الدابة بالعرف بذوات الأربع، والنقد بالغالب في البلد وجب تخصيص ذلك، قلنا: ذاك لتخصيص الاسم بذلك المسمى عرفاً بخلاف هذا، فإن العادة تناولته لا في غلبة الاسم عليه، حتى لو غلب الاسم هنا لكان كذلك، بل لو غلب الاسم على خلافه لخرج المعتاد تناوله، قالوا: لو قال اشتر لي لحماً والعادة تناوله الضأن لم يفهم سواه، قلنا: تلك قرينة في المطلق والكلام في العموم»[٢].

وبذا يكون هؤلاء الأئمة الثلاثة مع الجمهور في الاعتماد على العرف في الأحكام الشرعية استنباطاً واستدلالاً.

وقفة مع الشيعة:

لم يبق إلا ما أسند إلى بعض الشيعة الإمامية في عدم اعتبار العرف حسب مذهبهم الذي يحدد الأدلة التي يعتمد عليها بالكتاب والسنة وإجماع العترة وقول المعصوم، ومن يعتبر الإجماع منهم فلأنه يشتمل على قول المعصوم الذي لا نعرف عينه، ولكن كتبهم

---

(١) الإحكام ١/١٢٦.

(٢) منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل ص٩٧.

الفقهية قديمها وحديثها تعتمد العرف وتبني عليه الأحكام.

١ ـ فيقول شيخ الطائفة الإمامية أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفى (٤٦٠هـ) فيمن كذب على إنسان وأخذ منه مالاً طلبه رجل ثالث، وادعى أنه سلمه إليه وأن مثل هذا تقطع يده، قال: «فالوجه في هذا الخبر أن نحمله على من يعرف بذلك بأن يحتال على أموال الناس جاز للإمام أن يقطعه؛ لأنه مفسد في الأرض لا لأنه سارق؛ لأن هذه حيلة وليست بسرقة يجب فيها القطع»[١]. فقد رتب على العادة في هذا الرجل الذي اعتاد الاحتيال الحكم بالفساد في الأرض، وأوجب عليه القطع بناء على هذا، والعمل بالعرف واضح في ذلك.

٢ ـ وبعده شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن منصور الحلي المتوفى (٥٩٨هـ)، قال مستدلاً على أن نفقة الزوجة غير مقدرة بقوله تعالى: ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[٢]، أي بما يتعارف الناس[٣].

٣ ـ وفي فتاوى السيد علي الحسيني السيستاني قال: «وإذا استمر الدم أزيد من عشرة أيام وكانت ذات عادة محددة وقتاً وعدداً تعتبر حائضاً في خصوص أيام عادتها لا ما تقدم عليها ولا ما تأخر عنها»[٤].

وبهذه النقول نستطيع أن نقول: إن الشيعة الإمامية عملت بالعرف والعادة، وبنت عليهما الأحكام الفقهية، فهم مع جمهور الفقهاء المعتبرين للعرف، ويتضح مما سبق أنه ليس هناك بين الفقهاء من يحيل الاعتماد على العرف، وإنما الجميع متفقون على العمل بالعرف إجمالاً، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل، فإقامة الأدلة على منع الاحتجاج به ومناقشتها لترد وتبطل، عمل لا طائل تحته، والله أعلم.

---

(١) الاستبصار فيما اختلف فيه من الأخبار له ٤/٢٤٣.

(٢) سورة النساء: الآية١٩.

(٣) السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي له ٢/٦٠٥.

(٤) الفتاوى الميسرة نقلها عنه عبدالهادي السيد محمد تقي الحكيم.

المطلب الثالث: مذهب من يرى أن العرف دليل تابع:

وهو مذهب ظهر في أوائل هذا القرن، وما زال له أتباعه ومناصروه، ويرون أن العرف لا يعتبر دليلاً مستقلاً، ولا أصلاً من الأصول قائماً برأسه، ولكنه دليل تابع.

ونورد هنا كلام ثلاثة من الأصوليين المعاصرين وهم يقرون هذا المذهب:

الأول: أستاذنا فضيلة الشيخ عبدالوهاب خلاف حيث يقول: «والعرف عند التحقيق ليس دليلاً مستقلاً، وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة، وهو كما يراعى في تشريع الأحكام يراعى في تفسير النصوص، فيخصص به العام، ويقيد به المطلق، وقد يترك القياس بالعرف، ولهذا صح عقد الاستصناع، لجريان العرف به، وإن كان قياسياً لا يصح؛ لأنه عقد على معدوم»[1].

أقول: جميع الأحكام إنما شرعت لمراعاة مصالح المكلفين، ولكن هذه المصلحة أحياناً يكون مبناها على النص فيكون الدليل في المسألة هو النص، وأحياناً في مقابلة دليل آخر فيكون هو الاستحسان، وأحياناً يصل المجتهد إليها باجتهاده ولم يعتبرها الشارع ولم يلغها وهو المصلحة المرسلة، وأحياناً يكون مبناها على العرف فيكون دليلها العرف، فالعرف دليل مستقل، وقد نص الكاتب على أن العرف يراعى في تشريع الأحكام وتخصيص العام وتقييد المطلق فيعمل به عند معارضته لدليل آخر، ويجمع بينهما على النحو المذكور، وليس بعد هذا اعتبار للعرف وجعله دليلاً مستقلاً.

الثاني: أستاذنا فضيلة الشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة حيث يقول: «فتم بهذا أن العرف مطلقاً لا يمكن أن يجعل مقياساً للخير، كما لا يمكن أن يتخذه الفقيه دليلاً على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس، مالم يؤيده أصل من أصول الفقه»[2].

أقول: ونحن مع أستاذنا في أنه لا يعمل بالعرف مطلقاً وإنما لا بد أن يقيد بقيود، وأن تتحقق فيه الشروط الآتية حتى يكون محكوماً بضوابط الشريعة، ثم إنه يقول في

---

(١) علم أصول الفقه ص٩١.

(٢) العرف والعادة ص٢٢.

موطن آخر: «فهذا صريح في أن العرف الذي يشترط فيه العموم هو القاضي على الأدلة»[١]،فكيف يقضي على الأدلة ولا يعتبر دليلاً؟

الثالث: الأستاذ الدكتور أحمد بن علي سير المباركي أتى بأدلة اعتبار العرف دليلاً مستقلاً، وناقشها وأبطل الاستدلال بها قال: «وبعد أن بطل الاستدلال بالآية: ﴿وأمر بالمعروف﴾ والحديث: «ما رآه المسلمون حسناً» على أن العرف أصل من أصول الشريعة، لابد أن نبين معنى اعتبار العرف.

إن العرف يرجع إليه في كثير من الأحكام الفرعية العملية ، ولكنه والحالة هذه لابد أن يستند على دليل يعضده، وبالنظر للفروع الفقهية في كتب المذاهب، نجد أن العرف الصحيح المحكم لابد أن يستند على واحد من أربعة:

الأول: السنة التقريرية.

الثاني: الإجماع العملي.

الثالث: المصلحة المرسلة.

الرابع: الأدلة المطلقة التي أحالت عليه»[٢].

وقريب من هذا ما قاله الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، وأبدل الأخير بأن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة، والضارة التحريم[٣].

أقول: والأمر في ذلك قريب، بعد أن اتفق علماء الأمة على العمل بالعرف بشروطه، والاعتماد عليه في كثير من الفروع الفقهية، وتبقى المسألة اعتبارية. فهم يعتبرون أن العرف لابد أن يستند إلى واحد من هذه الأمور، وأنا أرى أن هذه الأمور تدل على أن

---

(١) المرجع السابق ص٦٠، وراجع أيضاً العرف والعادة للدكتور حسنين محمود حسنين ص٩٣، والعرف للدكتور أحمد بن علي سير المباركي ص٩٦، والأعراف البشرية للدكتور عمر الأشقر ص٥٣.

(٢) العرف وأثره في الشريعة والقانون ص١١٨ وما بعدها.

(٣) العرف والعادة ص٣٢ وما بعدها.

العرف دليل مستقل تبنى عليه الأحكام الشرعية إذا استوفى شروطه، شأنه في ذلك شأن القياس والمصلحة المرسلة والاستحسان، يؤيدنا في هذا:

١ ـ السنة التقريرية اعتمدت الأعراف الموافقة لقواعد الشريعة، وألغت ما عداها وذلك كالسَلَم، ولكنا لا نقول: إن الدليل على إباحة السلم العرف أو الاستحسان مثلاً، وإنما الدليل عليه السنة الصحيحة الثابتة المعتمدة على العرف.

ومن ذلك ما مثلوا به من حديث عروة بن الجعد البارقي، حيث أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً ليشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه[١]. يقول ابن القيم: «فباع وقبض وأقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه على الإذن العرفي».

٢ ـ أما الإجماع العملي فهو مستند على العرف، وجاء الإجماع العملي معتبراً للعرف، يقول الدكتور المباركي: «فالأمر في المبدأ عرف، ثم يكتسب بعد ذلك صفة الإجماع العملي» ويقول: «ويدخل في ذلك عرف أهل المدينة، وما جرى عليه العمل عندهم، وقد أخذ به الإمام مالك وبنى عليه كثيراً من الأحكام، ذهاباً إلى أنه إجماع»[٢]. وهذا ـ كما ترى ـ اعتبار للعرف وجعله دليلاً تبنى عليه الأحكام الشرعية.

٣ ـ أما المصلحة المرسلة وهي التي لم يرد من الشارع أمر باعتبارها ولا بإلغائها، فليست المصلحة منظوراً إليها إلا في نشأة العرف، ثم يستقر العرف، ويعتبر دليلاً على وجود هذه المصلحة[٣].

وهذا يشير إلى أن العرف هو الدليل وفي مثل هذا جاء قول الدكتور المباركي «فمما لا شك فيه أن كثيراً من الأعراف والعادات مستندة على المصلحة، وذلك أن تدعو الضرورة

---

(١) أخرجه البخاري والترمذي وابن ماجه والإمام أحمد، انظر التلخيص الحبير ٣/٥، ونيل الأوطار ٥/٣٠٤.

(٢) العرف وأثره ص١٢٥.

(٣) العرف والعادة للدكتور حسنين محمود حسنين ص٩٧.

أو الحاجة إلى عمل من الأعمال، ثم يستمر الأمر على هذه الحال حتى يصبح عرفاً متأصلاً في نفوس الناس بحيث يصعب عليهم تركه والتخلي عنه»[١].

وبهذا نرى أن العرف هو الدليل الذي يعتمد عليه في مثل هذا.

٤ ـ وأما الأدلة المطلقة التي أحالت على العرف، فهذا العنوان يدل على أن العرف هو الدليل الذي اعتمدته تلك الأدلة وأقرته، فكل منها يعتبر دليلاً على أن العرف دليل من أدلة الشريعة، وستأتي.

٥ ـ وأما أن العرف يرجع إلى قاعدة الأصل في الأشياء، فالعكس هو الصحيح فالعرف يعتمد الأشياء النافعة، ويلغي الأشياء الضارة، بحسب ما يستقر عليه من العرف الذي يدور في فلك هذه الشريعة ولا يخرج عن قواعدها، ويتوفر فيه الشروط التي سنبينها.

مما تقدم نرى أن كلام كل من قال: إن العرف دليل تابع يدل هو نفسه على أن العرف دليل من أدلة الشريعة متى توافرت فيه شروطه، وهذه حقيقة لا يستطيع أحد إنكارها.

المطلب الرابع: أدلة من يرى أن العرف دليل مستقل:

الدليل الأول: من القرآن الكريم:

وهو قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[٢]. يقول ابن عطية: إن معنى العرف: كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة، ويقول ابن ظفر في الينبوع[٣]: العرف ما عرفه العقلاء بأنه حسن وأقرهم الشارع عليه[٤]، وقد استدل بها القرافي في مسألة: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، حيث قال: لنا قوله تعالى: ﴿خُذِ

---

(١) العرف وأثره ص١٢٨.

(٢) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٣) ابن ظفر هو محمد بن عبدالله بن محمد بن ظفر الصقلي (ت:٥٦٥هـ)، مكي الأصل مغربي المنشأ له ينبوع الحياة في تفسير القرآن الكريم في ١٢ مجلد. انظر الأعلام ٦ /٢٣٠.

(٤) شرح الكوكب المنير ٤ /٤٤٨، ونشر العرف من رسائل ابن عابدين ٢ /١١٣.

﴿الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾، فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة[١].

وتابعه على ذلك علاء الدين الطرابلسي في كتابه معين الحكام في الباب الثامن والعشرين في القضاء بالعرف والعادة، قال الله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾، والعادة: «غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها»[٢].

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالعرف، وهو ما تعارفه الناس فيما بينهم قولاً أو عملاً واستطابته نفوسهم، وتقبلته عقولهم، فالعمل بالعرف مقتضى الأمر، وإلا لم يكن للأمر به فائدة[٣].

اعتراض:

يرى بعض الكاتبين[٤] أن الآية لا تدل على اعتبار العرف والاعتماد عليه في بناء الأحكام، وملخص كلامهم أمران:

أحدهما: أن العرف في الآية يحتمل معاني متعددة كما ذكرته كتب التفسير وهي: المعروف، قاله عروة، وقول لا إله إلا الله، وما يعرف أنه من الدين، ولا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع.

ثانيهما: أنه لو أريد بالعرف أعراف الناس وعاداتهم لكان ذلك أمراً باعتبار عادات

---

(١) الفروق ٣/١٤٩.

(٢) العرف وأثره للدكتور المباركي نقلاً عن معين الحكام ص١٦٠.

(٣) المرجع السابق والعادة والعرف للدكتور أبي سنة ص٢٣.

(٤) من هؤلاء أستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة في كتابه العرف والعادة ص٢٤، والأستاذ الدكتور الطيب خضري ـ رحمه الله ـ في كتابه الاجتهاد فيما لا نص فيه ٢/١٩٩، والأستاذ الدكتور أحمد بن علي سير المباركي في كتابه العرف وأثره ص ١١٠، وما بعدها، وأشار ابن عابدين في رسالته نشر العرف ٢/١١٢ إلى ضعف الاستدلال بهذه الآية على المدعى عليه فقال: اعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ وكأنه لا يرتضي الاستدلال بهذا.

الجاهلية وأعرافها ولا قائل بذلك[١].

الـرد:

وهذا كله مردود.

أما أولاً: فلأن هذه المعاني التي استعمل فيها العرف ليست مجرد احتمالات وإنما هي أفراد لهذا اللفظ العام، وهو لفظ العرف، فلفظ العرف بعمومه هذا يصدق على كل ما يسمى عرفاً.

وأما ثانياً: فلأننا لو استعملنا هذا اللفظ على عمومه فإنه لا يؤدي إلى الأمر باعتبار عادات الجاهليين الفاسدة فإنها تخالف مفهوم العرف وشروطه في الشريعة الإسلامية، أما الأعراف التي تتلقاها العقول السليمة بالقبول فالشارع قد راعاها، وأقر مبدأ العمل بها في كثير من الحالات كما هي، وعدل بعضها بما يناسب الشريعة ويدور في فلكها، وألغى ما كان فاسداً منها.

وهذا كله يؤدي إلى صحة الاستدلال بهذه الآية الكريمة على الاحتجاج بالعرف.

آيات أخرى:

ولو صرفنا النظر عن الاستدلال على حجية العرف بهذه الآية لرأينا أن القرآن الكريم أحال إلى العرف واعتبره في كثير من الآيات منها:

١- قوله تعالى: **﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا﴾**[٢].

وعلق عليها بعض من لا يرى اعتبار العرف دليلاً بما يفيد أنه دليل متبع، فقال: فالله أوجب على المولود له النفقة والكسوة للمرضعة تبعاً للعرف[٣].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٣) العرف وأثره للدكتور المباركي ص١٣٠.

٢- قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾(١)، وينقل الدكتور المباركي تفسير ابن العربي ويرتضيه حيث يقول: «المسألة الرابعة في تقدير الإنفاق: قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله سبحانه على العادة وهي دليل أصولي بنى عليه الله الأحكام وربط به الحلال والحرام». ويعلق على ذلك بقوله: «فهذه الآية والتي قبلها أصل في رد تقدير النفقة إلى العرف، حيث قد أحال الله ذلك إلى العرف صريحاً»(٢).

٣- قوله تعالى: ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾(٣).

يقول الدكتور المباركي: اختلف المفسرون في تفسير المعروف اختلافاً كبيراً، ذكر ذلك الطبري والقرطبي وابن العربي وأبو بكر الجصاص وغيرهم من المفسرين(٤).

وأرجح الأقوال في ذلك: أن ولي اليتيم إن كان غنياً فلا يجوز أن يأخذ من ماله شيئاً، وإن كان فقيراً فله أن يأكل بالمعروف، وليس عليه قضاء(٥). وآيات أخرى كثيرة تدل على اعتبار العرف حجة ودليلاً من أدلة الشرع.

الدليل الثاني من السنة النبوية:

ما رواه أحمد في كتاب السنة والبزار والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في كتاب الاعتقاد وأبو داود الطيالسي والحاكم عن أبي وائل عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: ما

---

(١) سورة الطلاق: الآية ٧.

(٢) العرف وأثره للدكتور المباركي ص ١٣٢.

(٣) سورة النساء: الآية ٦.

(٤) المرجع السابق والحديث في الطبري ٤/٢٥٤، والقرطبي ٥/٤١، وابن العربي ١/٣٢٤، وأحكام الجصاص ٢/٦٤.

(٥) العرف وأثره ص ١٣٤.

رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1]. والصحيح وقفه على ابن مسعود ولكنه يأخذ حكم المرفوع؛ لأن مثله لا يقال إلا عن توقيف.

اعتراض:

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بعض الكاتبين، من ناحية السند ومن ناحية الدلالة، أما من ناحية السند، فإن الحديث موقوف على عبدالله بن مسعود ولم يثبت رفعه من طريق صحيح.

الرد على هذا:

نحن نسلم بهذا، ولكن هذا الموقوف كما قلنا له حكم المرفوع؛ لأن مثله لا يقال إلا عن توقيف؛ لأنه يبين ما هو الحسن عند الله أو نوعاً من أنواعه، ولا يملك ابن مسعود هذا، وإنما الذي يملك البيان عن الله تعالى: هو نفسه في القرآن الكريم أو النبي صلى الله عليه وسلم في سنته النبوية، وعلى هذا فالحديث صالح للاحتجاج به على أن ماتعارف عليه المسلمون فهو حسن عند الله تعالى[2].

أما عن الدلالة: فاعترضوا عليه بأن الألف واللام في «المسلمون» للعموم فيكون المراد من الحديث: ما أجمع عليه المسلمون.

وأيدوا هذا بما قاله الآمدي في إبطاله الاستدلال بهذا الحديث على حجية الاستحسان حيث قال: «لا دلالة فيه على ما صاروا إليه، فإن قوله صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» إشارة إلى إجماع المسلمين، والإجماع حجة ولا يكون إلا عن دليل، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً أنه حسن عند الله

---

(١) شرح الكوكب المنير ٢/٢٢٣ و ٤/٤٤٨، ومراجعه هناك مسند أبي داود الطيالسي ص٢٣، وتخريج أحاديث البزدوي ص٢٤٦، وكشف الخفا ٢/١٨٨.

(٢) موطأ مالك برواية محمد بن الحسن ١/٦٣١، وذكر للحديث طرقاً مرفوعة. وهو في مسند أحمد أيضاً وذكره أصحاب الأحاديث المشتهرة بطوله كالسخاوي في المقاصد الحسنة ص٣٦٧ حديث رقم (٩٥٩) ومحمد بن طولون الصالحي في كتابه الشذرة ٢/١٠٤ حديث رقم (٨٢٤).

وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسناً عند الله وهو ممتنع[١].

والرد على هذا:

أولاً: لا مانع أن يكون الحديث دليلاً على صحة الإجماع، ومع هذا يكون دليلاً على حجية العرف مع مراعاة شروط كل منهما.

ثانياً: ما قاله الآمدي: أن هذا يؤدي إلى اعتبار قول آحاد المسلمين، فالعرف لا يتحقق فيه هذا، وإنما هو عرف عام يشمل كل المسلمين أو خاص يشمل كل أهل بلدة أو صناعة، فالعرف لابد أن يعمل به أهله كلهم أوجلهم.

أحاديث أخرى:

هناك الكثير من الأحاديث الصحيحة تدل على اعتماد العرف وجعله دليلاً شرعياً، ووجوب الرجوع إليه، منها:

١ ـ ما رواه البخاري بسنده إلى عائشة رضي الله عنها قالت: إن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢]. والحديث صحيح اتفق عليه البخاري ومسلم، والاعتماد منه على العرف واضح.

٢ ـ ما رواه البخاري بسنده إلى حكيم بن حزام وعبدالله بن عمر رضي الله عنهم، ولفظ عبدالله بن عمر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «البيعان بالخيار مالم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[٣] متفق عليه.

---

(١) الإحكام للآمدي ٤ / ١٥٩، والعرف وأثره للمباركي ص١١٨، والاجتهاد فيما لا نص فيه للطيب خضري ٢/٢.

(٢) اللفظ للبخاري ١٢ / ٢٤٦، فتح الباري حديث (٥٣٦٤)، وصحيح مسلم بشرح النووي ٦ / ٢٤٨، حديث (١٧٢٤).

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٦ / ١٣١ حديث رقم (٢١٠٧، ٢١١٠)، والحديث في مسلم رقم (١٥٣٢).

ولم يحدد النبي صلى الله عليه وسلم ما به يكون التفرق، ووكل ذلك إلى العرف، يقول ابن حجر: والمشهور الراجح من مذاهب العلماء في ذلك أنه موكول إلى العرف، فكل ما عد في العرف تفرقاً حكم به، ومالا فلا والله أعلم[١]. هذا وغيره كثير في السنة النبوية أحال على العرف واعتبره دليلاً.

الدليل الثالث: واقع الشريعة في فقه الأئمة:

إن الناظر في فقه الأئمة وأتباعهم، يرى الكثير من النقول والاجتهادات التي تدل على اعتبارهم للعرف، والاعتماد عليه كدليل لمعرفة الأحكام الشرعية، ومن ذلك:

١ ـ يقول ابن نجيم الحنفي: «واعلم أن اعتبار العادة والعرف، يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً»، ونقل عن السرخسي في مبسوطه: «الثابت بالعرف كالثابت بالشرط»[٢].

٢ ـ القرافي المالكي عدَّ العرف من الأدلة التسعة عشر على مشروعية الأحكام[٣].

٣ ـ قال جلال الدين المحلي الشافعي في شرحه لمنهاج النووي موافقاً له في اعتبار العادة: «أو معتادة بأن سبق لها حيض وطهر وهي غير مميزة فترد إليهما قدراً ووقتاً»[٤]. وقال في تحديد قدر المسلم فيه: «ولو عين كيلاً فسد السلم إن لم يكن ذلك الكيل معتاداً... وإلا بأن كان الكيل معتاداً فلا يفسد السلم..»[٥].

٤ ـ ويقول ابن القيم: «وقد أجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع».

---

(١) فتح الباري ٦/١٣٤، ومذهب الإمام أحمد ص٦٠٥.

(٢) المرجع السابق، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣، ورسائل ابن عابدين ٢/١١٣.

(٣) شرح تنقيح الفصول ص٤٤٥.

(٤) شرح الجلال للمنهاج بحاشية قليوبي ١/١٠٥.

(٥) المرجع السابق ٢/٢٥٠ باب السلم.

وعدّ منها: نقد البلد في المعاملات، وتقديم الطعام إلى الضيف، ودخول الحمام، ولو وقعت النار في دار جاره، فهدم جانباً منها على النار لئلا تسري إلى بقيتها لم يضمن[١]، بهذا كله يتحقق أن العرف دليل مستقل نبني عليه الأحكام متى استوفى الشروط.

❊ ❊ ❊

(١) أعلام الموقعين ٢/٣٩٣ وما بعدها.

الخاتمة

في أدلة الشاطبي التي يترجح بها اعتبار العرف دليلاً مستقلاً وبها اختتم الأدلة على اعتبار العرف دليلاً، وقدم لهذا بمقدمة قال فيها: العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً، أمراً ونهياً أو إذناً أم لا، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك...

ونبدأ في سرد الأدلة وهي:

١ ـ أن الشارع رتب الأحكام على الأسباب العادية، وهذا دليل على اعتبار العرف والعادة في التشريع، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة، كقوله تعالى: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾[1] فلو لم تعتبر العادة شرعاً، لم ينحتم القصاص ولم يشرع، إذ يكون شرعاً لغير فائدة، وذلك مردود بقوله: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾، فلو لم تكن العادات معتبرة شرعاً، لما رتب الشارع عليها شرعية الأسباب التي نيطت بها تلك العادات.

٢ ـ الشارع اعتبر العادات، ودليل هذا: أن التكاليف جاءت بميزان، وهذا دليل على أن الشرع اعتبر العادات المطردة فيهم، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع واختلاف الخطاب.

٣ ـ الشارع جاء باعتبار المصالح، وهذا يوجب اعتبار العوائد؛ لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد، دل على جريان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع مراعاة المصالح، والتشريع دائم فكذلك المصالح وهذا معنى اعتبار العرف.

٤ ـ أن العوائد لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز، أو غير

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٧٩.

واقع؛ لأن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً ومشقة وهما مدفوعان بالنص[١].

٥ ـ من هذا كله نرى أن العرف دليل من أدلة الشريعة، اعتبره الشارع وأحال عليه في بيان الأحكام.

ولكن العرف المعتبر هو العرف الدائر في فلك الشريعة، ويتحقق هذا بشروط خاصة[٢]، وفي أقسام خاصة من أقسام العرف، أبيّنها في بحث قادم إن شاء الله.

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

* * *

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٨، ومذهب الإمام أحمد للدكتور عبدالله التركي ص ٦٠٥.

(٢) أهم شروط الصحيح من العرف:

أ ـ التكرار والشيوع، وبدونهما لا يتحقق العرف.

ب ـ الإطراد والغلبة.

جـ ـ أن يكون سابقاً أو مقارناً.

د ـ ألاّ يعارضه نص للمتعاقدين.

هـ ـ وهو أهمها: أن لا يخالف دليلاً شرعياً، أو قاعدة من قواعد هذه الشريعة.

المصادر و المراجع

١ - أثر الأدلة المختلف فيها للدكتور مصطفى البغا، دار القلم، ودار العلوم الإنسانية ، دمشق ثانية ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٢ - الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضري، مكتبة الحرمين، الرياض، أولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٣ - الإحكام لسيف الدين الآمدي (ت: ٦٣٦هـ) مؤسسة النور في الرياض .

٤ - الاختيار لتعليل المختار للموصلي تحقيق زهير الجعيد، دار الأرقم بن أبي الأرقم .

٥ - الاستبصار فيما اختلف فيه من الأخبار للطوسي (ت: ٤٦٠هـ) دار صعب ودار التعارف، بيروت ١٣٩٠هـ.

٦ - الاستحسان حقيقته وحجيته للدكتور حسن مرعي، بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية العدد ١٤ يوليو ١٩٩٧م.

٧ - الأشباه والنظائر لابن السبكي محققة دار الكتب العلمية، بيروت، أولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

٨ - الأشباه والنظائر لابن نجيم، مؤسسة الحلبي وشركاه، القاهرة ١٣٨٧هـ/١٩٦٨م.

٩ - الأعراف البشرية للدكتور عمر الأشقر، دار النفائس، الأردن، أولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

١٠ - الأعلام لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، السابعة ١٩٨٦م.

١١ - إعلام الموقعين للإمام ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، دار الجيل، بيروت.

١٢ - أصول الفقه للشيخ عبدالوهاب خلاف، دار القلم، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

١٣ - تاج العروس للزبيدي المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٦هـ.

١٤ - ترتيب المدارك للقاضي عياض، طبعة وزارة الأوقاف المغربية .

١٥ - التعريفات للجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، أولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

١٦ - التفسير المنير للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، طبعة أولى ١٤١١هـ/١٩٩١م.

١٧ - التلخيص لإمام الحرمين، دار البشائر الإسلامية ومكتبة دار الباز، أولى ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

١٨- التلخيص الحبير لابن حجر (ت:٨٥٢هـ) شركة الطباعة الفنية بمصر.

١٩ - تهذيب الفروق للمكي المالكي على هامش الفروق للقرافي، دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤هـ.

٢٠ - تيسير التحرير لمحمد أمين بادشاه، مصورة دار الكتب العلمية بيروت .

٢١ - رسالة نشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين دار إحياء التراث العربي بيروت .

٢٢ - روح المعاني للألوسي (ت١٢٧٠ هـ) دار الفكر، بيروت ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

٢٣ -روضة الناظر للموفق ابن قدامة (ت٦٢٠هـ)، المطبعة السلفية، الطبعة الخامسة ١٣٩٥هـ.

٢٤ -السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن منصور الحلي (ت٥٩٨هـ) ط. مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم .

٢٥ -الشذرة لمحمد بن طولون الصالحي (ت:٩٣٥هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، أولى ١٤١٣/١٩٩٣م.

٢٦ -شرح الجلال المحلي على منهاج النووي وقليوبي وعميرة، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي .

٢٧ -شرح تنقيح الفصول للقرافي (ت:٦٨٤هـ) مكتبة الكليات الأزهرية، أولى ١٣٩٢/١٩٧٣م.

٢٨ -شرح الكوكب المنير للفتوحي (ت:٩٧٢هـ) طبعة أولى أم القرى ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م.

٢٩ -صحيح البخاري (ت:٢٥٦هـ) مع فتح الباري لابن حجر، دار أبي حيان بالقاهرة.

٣٠ -صحيح مسلم (ت:٢٦١هـ) بشرح النووي (ت:٦٧٦هـ)،أولى، على نفقة سمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم.

٣١ - العرف وأثره للدكتور أحمد على سير المباركي، طبعة أولى ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

٣٢ -العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور حسنين محمود حسين، دار القلم، دبي.

٣٣ -العرف والعادة للدكتور أحمد فهمي أبي سنة، مطبعة الأزهر.

٣٤ ـ العرف والعمل للدكتور عمر الجيدي، مطبعة فضالة المحمدية بالمغرب بدون ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

٣٥ ـ فتح الباري لابن حجر (ت:٨٥٢هـ)، دار أبي حيان بالقاهرة على نفقة سمو الشيخ محمد ابن راشد آل مكتوم.

٣٦ ـ الفروق للقرافي (ت:٦٨٤ هـ) مصورة دار المعرفة، بيروت،أولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

٣٧ ـ الفوائد الجنية للفاداني المكي (ت:١٤١٠هـ)، حاشية على المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد البهية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، أولى، ١٤٠٠هـ/ ١٩٩١م.

٣٨ ـ الفتاوى الميسرة لعبدالهادي السيد محمد تقي الحكيم، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ/١٩٩٧.

٣٩ ـ في ظلال القرآن لسيد قطب، دار الشروق، بيروت، ط١١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٥م.

٤٠ ـ القاموس المحيط للفيروزآبادي، دار الجيل، بيروت.

٤١ ـ كشف الأسرار للنسفي، دار الباز، مكة المكرمة، الأولى ١٤٠٦م/١٩٨٦.

٤٢ ـ لسان العرب.لابن منظور محمد بن مكرم بن علي، دار صادر، بيروت ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م.

٤٣ ـ المحصول للرازي (ت: ٦٠٦هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، أولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

٤٤ ـ المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء، دار الفكر ١٣٨٧هـ/١٩٦٨م بدون.

٤٥ ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية للدكتور عبدالحي حجازي، طبعة القاهرة

٤٦ ـ مذهب الإمام أحمد للدكتور عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة لسنة ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.

٤٧ ـ المستصفى للغزالي (ت:٥٠٥هـ) المطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة ١٣٢٢ هـ.

٤٨ ـ المصلحة المرسلة بين النظرية والتطبيق للدكتور حسن مرعي (مخطوط).

٤٩ ـ المعتمد لأبي الحسين البصري (ت٤٣٦هـ) المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية، دمشق ١٣٨٤/١٩٦٤.

٥٠ ـ المعيار المعرب للونشريسي (ت:٩١٤هـ) دار الغرب الإسلامي، وزارة الأوقاف المغربية.

٥١ ـ معالم التنزيل: تفسير البغوي (ت:٥١٦هـ) دار المعرفة، بيروت، الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

٥٢ ـ معجم مقاييس اللغة لابن فارس (ت:٣٩٥هـ) مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

٥٣ ـ المقاصد الحسنة للسخاوي (ت:٩٠٢هـ)، أولى ١٣٩٩هـ/١٩٧٧م.

٥٤ ـ منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب (ت:٦٤٦هـ) مطبعة السعادة ، أولى ١٣٢٦هـ.

٥٥ ـ منهاج النووي بشرح المحلي مع حاشية قليوبي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل الحلبي.

٥٦ ـ موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، طبع على نفقة سمو الشيخ سلطان بن زايد آل نهيان، ثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

٥٧ ـ الموافقات للشاطبي (ت:٧٩٠هـ) دار المعرفة، بيروت.

٥٨ ـ نيل الأوطار للشوكاني (ت:١٢٥٠هـ) الحلبي، طبعة ثالثة ١٣٨٠هـ/١٩٦١.

٥٩ ـ نفائس الأصول شرح المحصول للقرافي (٦٨٤هـ) مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى١٤١٦هـ/١٩٩٥م.